

ENERGIA: Decadenza dalle tariffe incentivanti dell'impianto fotovoltaico - Provvedimento di decadenza disposta dal GSE - Natura non sanzionatoria - Potestà accertativa del Gestore - Alterazione dell'impianto idonea a produrre la maturazione di incentivi superiori rispetto di almeno il 10% a quelli percepiti negli anni precedenti - Aggiunta di numerosi pannelli fotovoltaici - Costituisce alterazione rilevante.

Cons. Stato, Sez. II, 30 novembre 2022, n. 10533

1. “[...] il provvedimento di decadenza adottato dal Gse ai sensi dell’art. 42 del decreto legislativo 28/2011 e del d.m. 31 gennaio 2014 non ha natura sanzionatoria, essendo, per converso, l’esito dell’esercizio della potestà accertativa del Gestore circa la sussistenza e permanenza dei presupposti per il conseguimento e mantenimento degli incentivi, che può essere effettuata durante l’intero periodo della loro erogazione.

Pertanto, essendo stato oggettivamente costruito un differente impianto rispetto a quello inizialmente ammesso agli incentivi, il Gse ha correttamente disposto la decadenza dei benefici in presenza di un impianto di produzione di energia elettrica non più rientrante nel perimetro applicativa della disciplina di favore, senza che possa assumere alcun rilievo l’elemento psicologico della violazione. In proposito si evidenzia che la natura non sanzionatoria del potere di decadenza del Gse è stata acclarata dalla sentenza n. 18 dell’11 settembre 2020 dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, dove si è chiarito che la decadenza si differenzia dalla sanzione sia sul piano dell’elemento soggettivo, non richiedendo né dolo né colpa, sia sul piano dell’effetto ablatorio, che è limitato e coincide al massimo con l’utilità già concessa mediante il provvedimento ampliativo. Inoltre il discrimen fra la decadenza dal beneficio incentivante e la sanzione per la violazione delle norme che disciplinano il rapporto con la pubblica amministrazione, inoltre, «è segnato dallo stesso art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011, che specificatamente demanda al GSE il compito di trasmettere gli atti, a base del provvedimento di decadenza, all’Autorità indipendente di settore (ARERA) per l’eventuale irrogazione delle sanzioni». Siffatto approdo ermeneutico è stato successivamente ribadito dalla giurisprudenza di questa Sezione [...]”.

2. “[...] è rilevante la violazione qualora l’alterazione dell’impianto sia idonea a produrre la maturazione di incentivi superiori rispetto di almeno il 10% a quelli percepiti negli anni precedenti, il che è in concreto avvenuto mediante l’aggiunta di numerosi pannelli fotovoltaici ad un impianto con un ovvio incremento di produzione di energia, che è stato correttamente quantificato in una percentuale ben superiore al 10% non soltanto rispetto agli incentivi effettivamente percepiti sino a quel momento, ma anche rispetto a quelli che il medesimo impianto, nella sua configurazione originaria, avrebbe potuto realizzare tenuto conto della sua massima potenzialità produttiva [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Gestore dei servizi energetici - Gse s.p.a. e del Ministero dello sviluppo economico;

visti tutti gli atti della causa;

relatore, nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2022, il consigliere Francesco Frigida e uditi, per le parti, gli avvocati Filippo Lattanzi e Luciano Mariani;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierno appellante ha proposto il ricorso di primo grado n. 3901 del 2017 dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, avverso: a) il provvedimento del Gestore dei servizi energetici - Gse s.p.a. prot. n. GSE/P20170015804 del 13 febbraio 2017, con cui è stata disposta la decadenza dalle tariffe incentivanti dell'impianto fotovoltaico 230006 di potenza pari a 16,1 kW; b) il provvedimento del medesimo Gestore prot. n. GSE/P20160001392 del 13 ottobre 2016, con cui gli è stato chiesto di fornire osservazioni e/o integrazioni documentali rispetto alle risultanze emerse dall'attività di controllo; c) la comunicazione del Gse prot. n. GSE/P20140180901901 del 28 novembre 2014, con cui gli è stato comunicato l'avvio del procedimento di verifica nell'ambito del quale, in data 2 dicembre 2014, ICIM s.p.a., per conto del Gse, ha effettuato un sopralluogo presso l'impianto.

Con successivi motivi aggiunti l'interessato ha impugnato il provvedimento del Gse prot. n. GSE/P2017064516 del 28 agosto 2017, con cui gli è stata intimata la restituzione degli incentivi percepiti, per un importo complessivo di euro 55.331,33.

1.1. Il Gestore dei servizi energetici - Gse s.p.a. e il Ministero dello sviluppo economico si sono costituiti nel giudizio di primo grado, resistendo ambedue al ricorso.

2. Con l'impugnata sentenza n. 3489 del 29 marzo 2018, il T.a.r. per il Lazio, sede di Roma, sezione terza *ter*, ha respinto il ricorso e motivi aggiunti.

2.1. In particolare, il collegio di primo grado ha così motivato la propria statuizione: «*Per ragioni di economia processuale, si procederà con l'esame del secondo motivo del ricorso principale con il quale il ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art.42 del d.lgs. 28 del 2011; dell'art.11 del dm 31 gennaio 2014 e del relativo allegato 1; eccesso di poter per sviamento, per irragionevolezza, per violazione del principio di proporzionalità, del principio di affidamento e per insussistenza dei presupposti con riferimento alla sovrapproduzione di energia in alcuni mesi del 2014. Secondo la prospettazione del ricorrente – che contesta il metodo di calcolo*

adottato dal GSE per la quantificazione dell'incremento di energia prodotta – il collegamento dell'impianto già ammesso agli incentivi con altri moduli fotovoltaici aggiuntivi rispetto al progetto originario non costituirebbe una violazione rilevante ai fini della decadenza poiché, alla luce del comma 2 dell'art. 11 del D.M. 31 gennaio 2014, la variazione di configurazione dell'impianto, avente potenza inferiore ai 20 kW, non avrebbe comportato, diversamente da quanto asserito dal GSE, un incremento della produzione di energia, e dunque dell'importo degli incentivi annualmente percepiti dal titolare, superiore alla soglia massima consentita del 10%. A riguardo l'art. 42 D.Lgs. n. 28/2011 dispone che "1. L'erogazione di incentivi nel settore elettrico e termico, di competenza del GSE, è subordinata alla verifica dei dati forniti dai soggetti responsabili che presentano istanza", "3. Nel caso in cui le violazioni riscontrate nell'ambito dei controlli di cui ai commi 1 e 2 siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il GSE dispone il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate..."; l'art. 11 DM 31 gennaio 2014, sotto la rubrica "violazioni rilevanti", prevede che "Il GSE dispone il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi con l'integrale recupero delle somme già erogate, qualora, in esito all'attività di controllo o di verifica documentale, vengano accertate le violazioni rilevanti di cui all'allegato 1, parte integrante del presente decreto. Al di fuori delle ipotesi espressamente previste dall'allegato 1, qualora il GSE rilevi violazioni, elusioni o inadempimenti cui consegua l'indebito accesso agli incentivi, dispone comunque il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi nonché l'integrale recupero delle somme eventualmente già erogate". In particolare, ai sensi dell'Allegato 1, costituiscono violazioni rilevanti, tra le altre, la "alterazione della configurazione impiantistica, non comunicata al GSE, finalizzata ad ottenere un incremento dell'energia incentivata" (lett. g); il secondo comma dispone inoltre che: "2. Fatti salvi i casi in cui la violazione abbia comportato l'elusione dei meccanismi di asta e registri, nel rispetto dei principi di efficienza, efficacia, proporzionalità e ragionevolezza, le violazioni di cui all'allegato 1, che riguardano impianti con potenza nominale fino a 20 kW e che comportano variazioni inferiori al 10% dell'importo degli incentivi annualmente percepiti dal titolare, non comportano la decadenza dagli incentivi, fermo restando il recupero delle somme indebitamente percepite". Risulta in fatto che – quantomeno a partire dall'aprile 2014 (come dichiarato dallo stesso a pag. 5 del ricorso) – all'impianto, costituito da 70 moduli, ne sono stati allacciati altri 40 non dichiarati, con conseguente irregolare aumento della produzione di energia calcolato dal GSE in misura pari al 27 % (a fronte del 9,55% calcolato dal ricorrente). Deve sul punto osservarsi che – come correttamente affermato dal GSE – non può trovare applicazione il comma 2 dell'art. 11 DM 31 gennaio 2014, posto che tale disposizione riferisce in modo inequivoco le variazioni dell'energia prodotta (che devono essere

inferiori al 10%) all'importo degli incentivi annualmente percepiti dal titolare. Al contrario, il metodo di calcolo proposto dal ricorrente spalma la sovrapproduzione relativa all'anno 2014 su tutto il periodo di funzionamento dell'impianto oggetto d'esame (dall'entrata in esercizio fino al sopralluogo di verifica) e, pertanto, non è in linea con le prescrizioni del citato art. 11, comma 2. Non trovando, dunque, applicazione tale disposizione, nella fattispecie in esame si configura un'ipotesi di violazione rilevante di cui all'Allegato 1, lett. g) del DM 31 gennaio 2014, relativa alla "alterazione della configurazione impiantistica, non comunicata al GSE, finalizzata ad ottenere un incremento dell'energia incentivata" (lett. g). La censura non può essere, pertanto, accolta. Può poi procedersi all'esame del primo motivo del ricorso principale, con il quale il ricorrente ha dedotto violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della costituzione, violazione e falsa applicazione dell'art. 42 del d.lgs. 28 del 2011; violazione e falsa applicazione dell'art. 11 del dm 31 gennaio 2014 e del relativo allegato 1; eccesso di poter per sviamento, per irragionevolezza, per violazione del principio di proporzionalità e per insussistenza dei presupposti con riferimento al dimensionamento dell'impianto ammesso alla tariffazione incentivante come "impianto architettonicamente integrato". Il ricorrente lamenta, in sintesi, l'eccessiva misura della decadenza dalle tariffe incentivanti, disposta dal GSE in luogo della più appropriata rimodulazione delle tariffe per gli impianti prospettati come integrati, ma poi accertati per non esserlo. E' noto che l'impianto per cui è causa ha percepito sino all'impugnato provvedimento di decadenza, gli incentivi di cui al DM 19 febbraio 2007 per la tipologia di integrazione architettonica a frangisole, categoria specifica B3/6. Sotto il profilo dell'integrazione architettonica dell'impianto per la tipologia a frangisole, il ricorrente, pur ammettendo che l'impianto in questione non rientra in alcuna delle tipologie installative di totale integrazione architettonica, censura l'illegittimità del provvedimento di decadenza ritenendo che il GSE avrebbe dovuto riconoscere la tariffa incentivante prevista per gli impianti non integrati, anziché disporre la totale decadenza dagli incentivi. Ciò in applicazione dell'art. 11 comma 3 del D.M. 31 gennaio 2014, il quale prevede che: "Al di fuori delle fattispecie di cui al comma 1, il Gse, qualora riscontri violazioni o inadempimenti che rilevano ai fini dell'esatta quantificazione degli incentivi ovvero dei premi, dispone le prescrizioni più opportune ovvero ridetermina l'incentivo in base alle caratteristiche rilevate a seguito del controllo e alla normativa applicabile, recuperando le sole somme indebitamente erogate". Anche tale doglianza è priva di fondamento. Infatti, il riconoscimento di una tariffa inferiore in luogo di quella prevista per gli impianti totalmente integrati presuppone che – a monte – non vi siano violazioni rilevanti ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 comma 1 DM 31 gennaio 2014 secondo cui "1. Il GSE dispone il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi con l'integrale recupero delle somme già erogate,

qualora, in esito all'attività di controllo o di verifica documentale, vengano accertate le violazioni rilevanti di cui all' allegato 1, parte integrante del presente decreto. Al di fuori delle ipotesi espressamente previste dall' allegato 1, qualora il GSE rilevi violazioni, elusioni o inadempimenti cui consegua l'indebito accesso agli incentivi, dispone comunque il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi nonché l'integrale recupero delle somme eventualmente già erogate". In altri termini, nella fattispecie in esame, il GSE non avrebbe potuto fare altro che disporre la decadenza dalle tariffe incentivanti sussistendo la violazione rilevante di cui alla lett. g) dell'Allegato 1 al DM 31 gennaio 2014, relativa ad una "alterazione della configurazione impiantistica, non comunicata al GSE, finalizzata ad ottenere un incremento dell'energia incentivata". Ne consegue che, del tutto legittimamente, il GSE ha disposto la decadenza dell'impianto dalle tariffe incentivanti con il provvedimento prot. GSE/P20170015804 del 13 febbraio 2017 che, dunque, va esente dalle dedotte censure. (...) E' del pari infondato il ricorso per motivi aggiunti, con il quale il ricorrente ha chiesto l'annullamento del provvedimento n. GSE/P2017064516 del 28 agosto 2017, che dispone la restituzione degli incentivi percepiti, per un importo complessivo pari a euro 55.331.33, deducendo le medesime censure già formulate con riferimento al provvedimento di decadenza dagli incentivi. Infatti, il provvedimento di restituzione degli incentivi erogati costituisce atto meramente esecutivo rispetto al presupposto provvedimento di decadenza dagli incentivi, in questa sede risultato esente dalle dedotte censure. Appare pertanto doverosa la restituzione delle tariffe incentivanti indebitamente percepite».

3. Con ricorso ritualmente notificato e depositato – rispettivamente in data 26 ottobre 2018 e in data 9 novembre 2018 – l'interessato ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza, articolando due motivi.

4. Il Gestore dei servizi energetici - Gse s.p.a.si è costituito in giudizio, chiedendo il rigetto dell'impugnazione.

5. Il Ministero dello sviluppo economico si è costituito in giudizio, resistendo al gravame.

6. In vista dell'udienza di discussione l'appellante ha depositato istanza di rinvio, in cui, in sintesi, ha rappresentato che «in data 30 novembre 2019, presentava istanza al GSE dichiarando di voler beneficiare dell'applicazione dell'art.42 comma 3 del dlgs 28/ 2011, ivi illustrando la sussistenza di tutti i presupposti previsti dal legislatore per vedersi decurtato l'incentivo accordato "fra il 10 e il 50 per cento", in luogo della decadenza originariamente comminata e della restituzione di quanto percepito anche se non imputabile alla "alterazione della configurazione impiantistica". (...) In data 23 marzo 2021 (ossia 479 giorni dopo), il GSE provvedeva inopinatamente al rigetto dell'istanza e confermava la decadenza dagli incentivi, poiché – a suo dire – la previsione normativa "nella parte

in cui contempla la decurtazione dell'incentivo "In misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell'entità della violazione", individua, di fatto, un sistema suddiviso tra le violazioni che continuano a essere ritenute rilevanti e a comportare quindi la decadenza dal diritto agli incentivi e le altre violazioni che possono essere espunte dall'elenco delle «violazioni rilevanti» di cui al decreto del Ministero dello sviluppo economico del 31 gennaio 2014, per essere inserite tra quelle soggette a decurtazione". (...) *Avverso tale provvedimento è stato proposto ricorso al TAR – Lazio (RG.5606/2021) dal momento che la normativa citata non prevede, diversamente da quanto asserito dal GSE, condizioni di ammissibilità per beneficiare della decurtazione degli incentivi diverse da quelle enumerate dall'art.42 del dlgs 28/ 2011 (e dall'art.13 bis del comma 2, del D.L. 3 settembre 2019, n. 101), tanto meno conferisce al GSE il poter discrezionale di valutare - caso per caso - quale tra le "violazioni rilevanti" che abbiano già giustificato la decadenza dall'incentivo, sia più "grave" o più "rilevante" di altre, ossia tale da non ammettere l'applicazione della deroga prevista dal Dlgs 28/2011. (...) Ad oggi il TAR non si è definitivamente pronunciato sulle doglianze proposte».*

6.1. Il Gse ha depositato memoria, con cui ha insistito sulle proprie posizioni e si opposto alla richiesta di rinvio «*stante l'autonomia del presente giudizio rispetto a quello instaurato dall'attuale appellante innanzi al TAR del Lazio per l'annullamento del provvedimento di rigetto dell'istanza di riesame ai sensi dell'Art. 13-bis, c.1, L. 128/2019*».

6.2. L'appellante ha depositato memoria con cui ha ulteriormente illustrato le tesi rappresentate nell'atto di gravame.

7. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 31 maggio 2022.

8. *In limine litis*, il collegio respinge l'istanza di rinvio, non sussistendo alcun rapporto di pregiudizialità in senso stretto tra i due giudizi dinanzi al giudice amministrativo, atteso peraltro che a seguito di un eventuale ottenimento della sanatoria i rapporti di credito e debito potranno essere regolati dalle parti.

9. L'appello è infondato e deve essere respinto alla stregua delle seguenti considerazioni in fatto e in diritto.

10. Tramite il primo motivo d'impugnazione, l'appellante ha lamentato: «*Error in iudicando. errore per travisamento della doglianza di primo grado. Carezza istruttoria, in relazione al secondo motivo di ricorso di primo grado "violazione e falsa applicazione dell'art.97 della costituzione, dell'art.42 del dlgs 28 del 2011; dell'art.11 del dm 31 gennaio 2014 e del relativo allegato 1. Eccesso di poter per sviamento, per irragionevolezza, per violazione del principio di proporzionalità, del principio di affidamento e per insussistenza dei presupposti con riferimento alla sovrapproduzione di energia in alcuni mesi del 2014*».

Siffatta censura è infondata.

10.1. Al riguardo si osserva che i seguenti fatti non sono stati concretamente e specificamente contestati dall'interessato e, pertanto, sono da reputarsi pacifici, considerato altresì che in ogni caso emergono già in via approssimativa dagli atti: a) l'intervenuta modificazione della configurazione impiantistica e l'incremento della quantità di energia prodotta tramite il collegamento di ulteriori 40 moduli fotovoltaici rispetto all'assetto originario dell'impianto (composto da 70 moduli), precedentemente ammesso dal Gse al Conto energia sulla base di diversa progettazione allegata all'istanza di incentivazione accolta dal GSE; b) l'avvenuta immissione in rete della conseguente maggiore quantità di energia prodotta; c) la mancata comunicazione al Gse delle predette variazioni della configurazione impiantistica.

Ciò posto, non può essere reputata rilevante, a prescindere dalla sua credibilità (contestata dal Gse anche in quanto difficilmente compatibili con le caratteristiche tecniche dell'opera), la circostanza dedotta dall'appellante per cui egli avrebbe voluto realizzare un impianto ad isola non connesso alla rete e distinto da quello già incentivato, a cui tuttavia sarebbe stato poi erroneamente collegato, con la conseguenza che la variazione progettuale, peraltro non minimale, sarebbe stata il frutto di un errore degli installatori e/o dei progettisti. Ed invero, il provvedimento di decadenza adottato dal Gse ai sensi dell'art. 42 del decreto legislativo 28/2011 e del d.m. 31 gennaio 2014 non ha natura sanzionatoria, essendo, per converso, l'esito dell'esercizio della potestà accertativa del Gestore circa la sussistenza e permanenza dei presupposti per il conseguimento e mantenimento degli incentivi, che può essere effettuata durante l'intero periodo della loro erogazione.

Pertanto, essendo stato oggettivamente costruito un differente impianto rispetto a quello inizialmente ammesso agli incentivi, il Gse ha correttamente disposto la decadenza dei benefici in presenza di un impianto di produzione di energia elettrica non più rientrante nel perimetro applicativa della disciplina di favore, senza che possa assumere alcun rilievo l'elemento psicologico della violazione.

In proposito si evidenzia che la natura non sanzionatoria del potere di decadenza del Gse è stata acclarata dalla sentenza n. 18 dell'11 settembre 2020 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, dove si è chiarito che la decadenza si differenzia dalla sanzione sia sul piano dell'elemento soggettivo, non richiedendo né dolo né colpa, sia sul piano dell'effetto ablatorio, che è limitato e coincide al massimo con l'utilità già concessa mediante il provvedimento ampliativo. Inoltre il *discrimen* fra la decadenza dal beneficio incentivante e la sanzione per la violazione delle norme che disciplinano il rapporto con la pubblica amministrazione, inoltre, «è segnato dallo stesso art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011, che specificatamente demanda al GSE il compito di trasmettere gli atti, a base del provvedimento di decadenza, all'Autorità indipendente di settore (ARERA) per l'eventuale

irrogazione delle sanzioni». Siffatto approdo ermeneutico è stato successivamente ribadito dalla giurisprudenza di questa Sezione (cfr. in tal senso Consiglio di Stato, sezione II, sentenze 4 aprile 2022, numeri 2486, 2485, 2487, 2488, 2490, 2491, 2492, 2493, 2496, 2497, 2499, 2500 e 2501).

10.2. L'appellante ha sostenuto che il Gse avrebbe dichiarato illegittimamente la decadenza dagli incentivi in violazione dell'art. 11, comma 2, del d.m. 31 gennaio 2014, secondo cui *«Fatti salvi i casi in cui la violazione abbia comportato l'elusione dei meccanismi di asta e registri, nel rispetto dei principi di efficienza, efficacia, proporzionalità e ragionevolezza, le violazioni di cui all'allegato 1, che riguardano impianti con potenza nominale fino a 20 kW e che comportano variazioni inferiori al 10% dell'importo degli incentivi annualmente percepiti dal titolare, non comportano la decadenza dagli incentivi, fermo restando il recupero delle somme indebitamente percepite»*.

Tale doglianza è infondata, giacché la norma su riportata non è stata violata, stante la sussistenza di un effettivo superamento della soglia limite del 10%, sia con riferimento alla sovrapproduzione di energia, sia in relazione all'incremento degli incentivi annualmente percepiti.

Sul punto l'interessato ha altresì dedotto che il metodo di calcolo adottato dal Gse per la quantificazione dell'incremento di energia prodotta (ovverosia produzione media giornaliera, determinata mediante il programma informatico "PVGIS", moltiplicata per il numero di giorni intercorrenti tra la data di entrata in esercizio dell'impianto a quella del sopralluogo di verifica) non sarebbe corretto, in quanto, ai fini della determinazione della produzione media giornaliera, non si sarebbe dovuto far ricorso a dati empirici, bensì alle effettive risultanze dei contatori di produzione che, invece, avrebbero evidenziato una produzione media giornaliera maggiore, con la conseguenza che vi sarebbe uno scostamento del 9,55% (e, dunque, sotto la soglia del 10%) e non del 27% come calcolato dal Gestore.

Questa ricostruzione non è condivisibile, poiché la circostanza che il Gse abbia sollevato rilievi soltanto per il 2014 non determina che gli anni precedenti costituiscano periodi incontestati, che possano pertanto essere utilmente assunti come parametri per calcolare la produzione media giornaliera, siccome non è tecnicamente possibile stabilire con certezza le modalità e i tempi con cui è avvenuta la sovrapproduzione di energia.

Costituisce, invece, dato certo che all'impianto costituito da 70 moduli ne sono stati allacciati altri 40 non dichiarati e che i relativi contatori al momento del sopralluogo del dicembre 2014 hanno riportato un'evidente e anomala sovrapproduzione, mentre non è possibile escludere che vi sia stata una sovrapproduzione di energia anche nel corso degli anni precedenti al 2014, sicché il Gse congruamente ha dovuto assumere quale parametro di riferimento la quantità di energia teoricamente producibile da un impianto avente le caratteristiche dichiarate, mentre il conteggio prodotto

dall'interessato nel giudizio di primo grado ha esiti diversi, in quanto sono stati utilizzati differenti orientamento e inclinazione dei moduli e differenti perdite dell'impianto rispetto ai dati dichiarati dal tecnico dell'odierno appellante al Gse tramite apposita scheda, nonché sono state considerate differenti perdite dell'impianto, che tuttavia sono sottostimate (senza adeguata motivazione) rispetto a quelle applicate dal Gse nella misura standard.

L'appellante ha inoltre sostenuto che, anche qualora lo scostamento di produzione di energia fosse stato superiore al 10%, egli potrebbe comunque legittimamente usufruire del margine di tolleranza stabilito dall'art. 11, comma 2, del d.m. 31 gennaio 2014, per cui le violazioni *«che comportano variazioni inferiori al 10% dell'importo degli incentivi annualmente percepiti dal titolare, non comportano la decadenza dagli incentivi, fermo restando il recupero delle somme indebitamente percepite»*.

Tuttavia (anche a voler in ipotesi prescindere dall'assorbente rilievo per cui, con un'operazione in contrasto con la su menzionata norma che aggancia la variazione agli importi annualmente percepiti, l'appellante ha ripartito la sovrapproduzione relativa al 2014 su tutto il periodo di funzionamento dell'impianto, dalla sua entrata in esercizio al sopralluogo di verifica) nel caso di specie il suddetto meccanismo non può operare, poiché non vi è stato un ravvedimento operoso dell'interessato che abbia impedito un dovuto esborso di risorse pubbliche, bensì il risparmio finanziario è stato conseguenza delle rilevazioni del Gse, che ha sospeso l'erogazione degli importi maturati e non dovuti.

Ad ogni modo, la disposizione che fissa la soglia limite del 10% degli incentivi percepiti si riferisce, genericamente, a tutte le violazioni di cui all'allegato 1 del d.m. 31 gennaio 2014 e va dunque coordinata con le singole fattispecie ivi elencate, cosicché nel caso di specie dove vi è stata una alterazione della configurazione impiantistica, non comunicata al Gestore, finalizzata ad ottenere un incremento dell'energia incentivata, l'effettiva percezione degli incentivi non è elemento costitutivo della fattispecie e detta percentuale opera all'esclusivo fine di determinarne la reale gravità. La lettera g) del citato allegato 1, infatti, qualifica come violazione rilevante, tra le altre, una *«alterazione della configurazione impiantistica, non comunicata al GSE, finalizzata ad ottenere un incremento dell'energia incentivata»*.

In sostanza, è rilevante la violazione qualora l'alterazione dell'impianto sia idonea a produrre la maturazione di incentivi superiori rispetto di almeno il 10% a quelli percepiti negli anni precedenti, il che è in concreto avvenuto mediante l'aggiunta di numerosi pannelli fotovoltaici ad un impianto con un ovvio incremento di produzione di energia, che è stato correttamente quantificato in una percentuale ben superiore al 10% non soltanto rispetto agli incentivi effettivamente percepiti sino a

quel momento, ma anche rispetto a quelli che il medesimo impianto, nella sua configurazione originaria, avrebbe potuto realizzare tenuto conto della sua massima potenzialità produttiva.

10.3. L'appellante ha altresì sostenuto che modificazione del comma 3 dell'art. 42 del decreto legislativo n. 28/2011 – a cui è connessa anche la contestuale introduzione della lettera *c-bis*) al comma 5 del medesimo articolo – ad opera dell'art. 1, comma 960, dalla legge n. 205/2017 (legge di bilancio per il 2018) comporterebbe l'illegittimità del provvedimento di decadenza.

La suddetta ricostruzione non è fondata, giacché la legittimità dell'azione amministrativa va valutata alla stregua dei parametri normativi esistenti al momento del suo esplicarsi e segnatamente al momento dell'adozione del contestato provvedimento di decadenza.

10.4. Va respinta anche la questione, sollevata dalla parte appellante, «*di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 960 della legge n.205 del 27 dicembre 2017 che ha modificato l'art.42 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, per contrasto con gli artt. 3, 117 COST, in relazione agli art. 6 e 7 della CEDU, laddove la norma non potesse trovare applicazione nei confronti di provvedimenti già adottati dal GSE, sebbene tempestivamente impugnati*», poiché il lamentato contrasto si basa nelle sue linee argomentative sulla natura sostanzialmente sanzionatoria del provvedimento decadenza, che, invece, come già evidenziato, va recisamente esclusa.

11. Mediante la seconda doglianza, la parte privata ha dedotto: «*Error in iudicando della giudice di primo grado con riferimento al primo motivo di ricorso “violazione e falsa applicazione dell'art.97 della costituzione, violazione e falsa applicazione dell'art.42 del dlgs 28 del 2011; violazione e falsa applicazione dell'art.11 del dm 31 gennaio 2014 e del relativo allegato 1. Eccesso di poter per sviamento, per irragionevolezza, per violazione del principio di proporzionalità e per insussistenza dei presupposti con riferimento al dimensionamento dell'impianto ammesso alla tariffazione incentivante come “impianto architettonicamente integrato”*».

Tale motivo è infondato, in quanto, come in sostanza ammesso dall'appellante, l'impianto non rientra in alcuna delle tipologie d'installazione con totale integrazione architettonica. Sul punto si evidenzia che non è condivisibile la tesi dell'interessato, su cui questi ha insistito anche nella memoria difensiva del 2022, per cui il Gse avrebbe dovuto comunque riconoscere la tariffa incentivante prevista per gli impianti non integrati tenuto conto di quanto stabilito dell'art. 11, comma 3, del d.m. 31 gennaio 2014, poiché, con valenza assorbente ogni ulteriore considerazione, la decadenza comminata dal Gse per l'accertamento di violazioni rilevanti ai sensi del comma 1 del predetto articolo 11 è riferita a contestazioni inerenti alla sovrapproduzione di energia e non a problematiche attinenti all'integrazione architettonica.

12. In conclusione l'appello va respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

13. La particolarità della vicenda giustifica la compensazione tra le parti delle spese di lite del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 8945 del 2018, come in epigrafe proposto, lo respinge; compensa tra le parti le spese di lite del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2022, con l'intervento dei magistrati:

Giulio Castriota Scanderbeg, Presidente

Italo Volpe, Consigliere

Francesco Frigida, Consigliere, Estensore

Francesco Guarracino, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Consigliere

L'ESTENSORE

Francesco Frigida

IL PRESIDENTE

Giulio Castriota Scanderbeg

IL SEGRETARIO